

*Zivilrecht - Wegrechte - KGE (I. Zivilrechtliche Abteilung) vom 5. Mai 2017, X. c. Y. u.a. - TCV C1 16 6*

**Notweg (Art. 694 ZGB): Erschliessung und Überbaubarkeit als Voraussetzungen**

- Ob ein Baugrundstück hinreichend erschlossen ist, beurteilt sich nach öffentlichem Recht; es genügt eine Groberschliessung, wobei in einem autofreien Ort weniger hohe Anforderungen bestehen (E. 6).
- Fehlt es an der Überbaubarkeit einer Parzelle aufgrund öffentlichrechtlicher Vorschriften, namentlich der Zweitwohnungsgesetzgebung, so kann kein Notwegrecht beansprucht werden (E. 4.1 und 9).
- Mögliche Vorgehensweisen, wenn mehrere Grundstücke verschiedener Eigentümer für die Einräumung des Notwegs in Betracht kommen; damit verbundene Prozessrisiken (E. 4.2 und 8); Nachweis, dass der eingeklagte Notweg der für die Nachbarn am wenigsten schädliche ist (E. 10).

**Passage nécessaire (art. 694 CC): conditions d'équipement et de constructibilité**

- Le droit public détermine si un terrain à bâtir est suffisamment équipé. Une mise en valeur brute du terrain suffit, d'où il suit que, dans un endroit sans voiture, des exigences moins rigoureuses sont à respecter (consid. 6).
- Un passage nécessaire ne peut pas être accordé si, en raison des règles de droit public (notamment la législation sur les résidences secondaires), la constructibilité de la parcelle fait défaut (consid. 4.1 et 9).
- Procédures envisageables si plusieurs terrains appartenant à des propriétaires différents entrent en ligne de compte pour l'établissement du passage nécessaire ; risques de procès collatéraux (consid. 4.2 et 8) ; apport de la preuve que le passage nécessaire est le moins dommageable pour les voisins (consid. 10).

## **Sachverhalt und Erwägungen**

**3.** X. realisierte in den Jahren 2002/03 auf der Parzelle Nr. 1 in Zermatt die Überbauung Z. Resort und gestaltete das Grundstück in Stockwerkeigentum aus. Eigentümer der zwölf Stockwerkeigentumsanteile sind der Kläger X. und die Beklagten.

X. kaufte die Parzelle Nr. 2 mit einer Fläche von 835 m<sup>2</sup>. Diese Parzelle grenzt unmittelbar an das Grundstück Nr. 1. Sie befindet sich in der Bauzone Z2. X. war sich beim Kauf dieser Parzelle bewusst, dass sie über keinen Zugang zu einer öffentlichen Strasse verfügt. Er beabsichtigt, auf der Parzelle Nr. 2 ein Immobilienprojekt zu reali-

sieren. Er hat hierfür jedoch bis zum heutigen Zeitpunkt kein Baugesuch bei der Gemeinde Zermatt eingereicht und ist nicht im Besitze einer kommunalen Baubewilligung.

X. stellte im Hinblick auf die Stockwerkeigentümerversammlung (Z. Resort) vom 1. März 2013 den Antrag, zu Lasten der Parzelle Nr. 1 und zu Gunsten der Parzelle Nr. 2 die Berechtigung zu erteilen, einen unterirdischen Zugangstollen zu errichten und die erforderliche Dienstbarkeit einzuräumen. Die Stockwerkeigentümerversammlung lehnte dies ab.

**4.1** Hat ein Grundeigentümer keinen genügenden Weg von seinem Grundstück auf eine öffentliche Strasse, so kann er nach Art. 694 Abs. 1 ZGB beanspruchen, dass ihm die Nachbarn gegen volle Entschädigung einen Notweg einräumen. Das Notwegrecht bedeutet wie andere mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen (z.B. Durchleitungen, Notbrunnen u.a.) eine privatrechtliche Enteignung (BGE 114 II 230 E. 4a). Das Bundesgericht hat die Gewährung eines Notwegrechts deshalb von strengen Voraussetzungen abhängig gemacht. Es hat aus der Entstehungsgeschichte des Art. 694 ZGB abgeleitet, dass der nachbarrechtliche Anspruch auf die Gewährung eines Wegrechts nur in einer Notlage geltend gemacht werden kann (Bundesgerichtsentscheid 5A\_500/2009 vom 19. November 2009 E. 3; BGE 105 II 178 E. 3b). Eine Wegenot liegt vor, wenn einem Grundeigentümer die zur bestimmungsgemässen Benutzung seines Grundstückes erforderliche Verbindung zur öffentlichen Strasse überhaupt fehlt oder der vorhandene Weg sich als ungenügend erweist (BGE 117 II 35 E. 2, 110 II 126, 105 II 180 E. 3b).

Wenn es um die verkehrsmässige Erschliessung von neu zu überbauendem Land geht, kann ein Notwegrecht mitunter Voraussetzung dafür sein, dass eine Baubewilligung erteilt wird. Das gilt namentlich dann, wenn die Baubehörden von der Bereinigung der Zufahrtswege die Erteilung einer Baubewilligung abhängig machen, die Nachbarn aber zur Einräumung vertraglicher Dienstbarkeiten nicht Hand bieten (BGE 110 II 125 E. 4, Urteil des Kantonsgerichts Wallis C1 99 236 vom 7. November 2000), wie dies vorliegend betreffend die Überbauung der Parzelle Nr. 2 in Zermatt der Fall ist. Fehlt es jedoch aus öffentlichrechtlichen Gründen zum vorneherein an der Überbaubarkeit auf Jahre hinaus und damit an der Möglichkeit, das Grundstück in absehbarer Zeit anders als bisher zu nutzen, besteht kein Anlass,

eine Wegenot anzunehmen und eine solche Parzelle zivilrechtlich sozusagen „auf Vorrat“, d.h. ohne jedes aktuelle Interesse, zu erschliessen. Öffentlichrechtliche Vorschriften gehen in solchen Fällen einem zivilrechtlichen Anspruch auf Einräumung eines Notwegs vor oder - anders ausgedrückt - sie lassen einen solchen Anspruch geradezu als gegenstandslos erscheinen. Ebenso wenig ginge es an, ein Notwegrecht aus andern als mit der Erschliessung zusammenhängenden Gründen - etwa um eine Wertsteigerung der Parzelle zu bewirken oder ein besseres Tauschobjekt für baureifes Land zu erhalten - zu verlangen und zu gewähren. Ein solches Recht auf Kosten der Nachbarn hätte dann nicht mehr zum Zweck, der rationellen Bewirtschaftung eines Grundstückes durch Anschluss an eine öffentliche Strasse zu dienen (BGE 110 II 125 E. 4).

**4.2** Der Notweganspruch gemäss Art. 694 ZGB richtet sich in erster Linie gegen den Nachbarn, dem die Gewährung des Notweges der früheren Eigentums- und Wegverhältnisse wegen am ehesten zugemutet werden darf, und im weiteren gegen denjenigen, für den der Notweg am wenigsten schädlich ist (Abs. 2). Bei der Festlegung des Notweges ist auf die beidseitigen Interessen Rücksicht zu nehmen (Abs. 3).

Gemäss Art. 730 ZGB kann ein Grundstück zum Vorteil eines anderen Grundstückes in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe des Eigentümers dieses anderen Grundstückes gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben kann.

**4.3** X. hat die vorliegende Klage nur gegen die Stockwerkeigentümer der Parzelle Nr. 1 eingeleitet. Er hat hingegen die Eigentümer weiterer Nachbarparzellen, welche zum Teil überbaut und zum Teil nicht überbaut sind, nicht eingeklagt.

(...)

**6.** Die Beklagten und Berufungskläger rügen im Weiteren, dass der Richter festgestellt habe, dass die Parzelle von X. gemäss Erschliessungsprogramm der Gemeinde Zermatt als erschlossen gelte und dass dem Kläger keine öffentlichrechtlichen Mittel zur Verfügung stünden, um seine Parzelle zu erschliessen.

Der Kläger habe nämlich im Laufe dieses Verfahrens keinerlei Nachweise erbracht, dass er diesbezüglich bei der Gemeinde vorstellig geworden sei.

Auch diese Rüge trifft ins Leere. Es ist richtig, dass ein Eigentümer, der einen Notweg beanspruchen will, vorgängig sämtliche öffentlich-rechtlichen Alternativen zum Erhalt eines Zugangs zu seinem Grundstück auszuschöpfen hat.

Tatsächlich liegt das Grundstück des Klägers gemäss homologiertem Zonenplan in der Bauzone Z2 der Gemeinde Zermatt. Gemäss Erschliessungsprogramm der Gemeinde Zermatt gilt diese Parzelle als erschlossen. Tatsächlich führen in einer Entfernung zwischen dreissig und vierzig Metern drei verschiedene Wege resp. Strassen vorbei (...). Zwischen der Parzelle des Klägers und den öffentlichen Wegen resp. Strasse befinden sich jeweils lediglich eine (...), maximal aber zwei Parzellen (...).

Die Erteilung einer Baubewilligung setzt voraus, dass das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG). Land ist erschlossen, wenn unter anderem eine für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht (Art. 19 Abs. 1 RPG). Die hinreichende Zufahrt ist in erster Linie mit planerischen Mitteln sicherzustellen, kann aber auch auf privater Vereinbarung der betroffenen Grundeigentümer beruhen (BGE 121 I 65 E. 4a). Die Festlegung des Ausmasses der Erschliessungsanlagen und die Umschreibung der genügenden Zugänglichkeit ist Sache des kantonalen Rechts. Aus bundesrechtlicher Sicht genügt es, wenn eine Zufahrtsstrasse hinreichend nahe an Bauten und Anlagen heranführt. Die befahrbare Strasse muss nicht bis zum Baugrundstück oder gar zu jedem einzelnen Gebäude reichen; vielmehr genügt es, wenn Benützer und Besucher mit dem Motorfahrzeug (oder einem öffentlichen Verkehrsmittel) in hinreichende Nähe gelangen und von dort über einen Weg zum Gebäude oder zur Anlage gehen können. Für Erschliessungsanlagen auf fremdem Grund ist deren rechtliche Sicherstellung nachzuweisen (Bundesgerichtsurteile 5A\_136/2009 vom 19. November 2009 E. 4.3.2 und 1C\_376/2007 vom 31. März 2008 E. 4.4, zusammengefasst in: Raum&Umwelt, VLP-ASPAN 2/09 S. 16; Piermarco Zen-Ruffinen, Aménagement du territoire, construction, expropriation, Bern 2001, N. 702 ff.).

Bei der Beurteilung, ob eine Zufahrt ein Baugrundstück hinreichend erschliesst, steht den kantonalen und kommunalen Behörden ein erhebliches Ermessen zu (vgl. BGE 121 I 65 E. 3a mit Hinweisen).

Vorliegend gilt es festzuhalten, dass Zermatt autofrei ist und dass in einer Entfernung von zwischen 30 bis 40 Metern zum Grundstück des Berufungsbeklagten ein Weg oder eine Strasse vorbeiführt. Für diese Groberschliessung ist in der Bauzone die Gemeinde zuständig. Der Berufungsbeklagte kann von der Gemeinde nicht verlangen, dass sie die Wege oder die Strasse so weiterführt, dass sie bis in sein Grundstück führen. Die Feinerschliessung ist Sache des jeweiligen Eigentümers. Sie hat durch ihn zu erfolgen. Wie die Gemeinde in ihrer Stellungnahme ausführt, gilt die Parzelle des Berufungsbeklagten als erschlossen. An dieser Feststellung ist nichts zu beanstanden. Zur Vollerschliessung der Parzelle fehlt lediglich das letzte Teilstück über eine sehr kurze Distanz, in Beanspruchung einer, maximal zweier Parzellen. Diese letzte Feinerschliessung über eine sehr kurze Distanz hat, wie bereits ausgeführt, der Grundeigentümer zu bewerkstelligen, wobei es zu erwähnen gilt, dass das Grundstück im autofreien Zermatt nicht mit einer Strasse erschlossen sein muss. Ein Fussweg genügt. Mithin gilt es festzuhalten, dass die Groberschliessung, zu der die Gemeinde verpflichtet ist, vorliegend gegeben ist. Eine noch weitergehende Erschliessung durch die Gemeinde, insbesondere, dass die Strasse oder die Wege in das Grundstück des Klägers geführt oder umgeleitet werden, kann von dieser nicht verlangt werden. Jegliche diesbezügliche Anfrage an die Gemeinde durch den Berufungsbeklagten wäre zum Voraus zum Scheitern verurteilt. Einen entsprechenden Nachweis, dass er bei der Gemeinde vorstellig geworden ist, damit sein Grundstück durch die Gemeinde noch besser erschlossen wird, ist daher nicht nötig. Jegliche weitere Erschliessung seines Grundstückes hat der Grundeigentümer vorzunehmen.

## 7. (..)

Eine Wegenot liegt dann vor, wenn einem Grundeigentümer die zur bestimmungsgemässen Benutzung seines Grundstückes erforderliche Verbindung zur öffentlichen Strasse fehlt (BGE 117 II 35 E. 2, 110 II 126, 105 II 180 E. 3b). Ob vorliegend das Grundstück, bei entsprechender Anbindung an das öffentliche Verkehrsnetz, überbaut werden kann, wird weiter unten ausgeführt werden. Es bedarf nämlich für die

Geltendmachung eines Notwegrechts eines aktuellen Interesses, was zu beurteilen sein wird.

8. Die Berufungskläger bringen im Weiteren vor, der erstinstanzliche Richter hätte die Klage abweisen müssen, da sie nicht gegen sämtliche Eigentümer der Nachbarparzellen, insbesondere gegen jene der Parzellen Nrn. ... eingereicht wurden, da genauso über diese Parzellen ein allfälliger Notweg eingeräumt werden könnte. Dem ist nicht so.

Wie bereits ausgeführt, richtet sich der Notweganspruch gemäss Art. 694 ZGB in erster Linie gegen den Nachbarn, dem die Gewährung des Notweges der früheren Eigentums- und Wegverhältnisse wegen am ehesten zugemutet werden darf, und im weiteren gegen denjenigen, für den der Notweg am wenigsten schädlich ist (Abs. 2).

Der Kläger beruft im vorliegenden Verfahren nicht darauf, dass der Notweg über die Parzelle Nr. 2 wegen der früheren Eigentums- und Wegverhältnisse geltend gemacht wird, sondern er behauptet, dass die angebehrte Notwegvariante für alle Parteien die am wenigsten belastende Variante sei. Er beruft sich mithin auf Art. 694 Abs. 2 ZGB. Diese Tatsachenbehauptung wurde von den Berufungsklägern bestritten, so dass der Kläger seine Behauptung genauestens und im Detail hätte darlegen müssen. Zudem ist der Kläger für seine Behauptung gemäss Art. 8 ZGB beweispflichtig.

Kommen mehrere Grundstücke verschiedener Eigentümer für die Einräumung des Notwegs in Betracht, so hat der um den Notweg Ersuchende einerseits die Möglichkeit, alle Eigentümer einzuklagen oder andererseits nur denjenigen, von dem er annimmt, dass für diesen die Gewährung des Notweges am wenigsten schädlich ist. In beiden Fällen trägt er ein beachtliches Risiko.

Werden alle möglichen Eigentümer eingeklagt, so riskiert der um den Notweg Ersuchende, dass ihm sehr hohe Kosten im Rechtsstreit entstehen, weil er den Prozess schlussendlich nur gegen einen gewinnen und gegen alle andern verlieren wird. Gegen je mehr Eigentümer er verliert, desto höher werden daher die Kosten anfallen.

Klagt er hingegen nur gegen einen Eigentümer und ist das Gericht der Ansicht, er hätte ein ungeeignetes Grundstück in Anspruch genommen, so wird die Klage abgewiesen. Andererseits kann der Richter, wenn er findet, dass der Notweg über ein Grundstück gelegt werden

muss, dessen Eigentümer nicht mitverklagt ist, nicht endgültig entscheiden, weil sein Urteil gegen diesen nicht ins Recht gefassten Eigentümer natürlich keine Wirkung entfaltet (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N. 29 zu Art. 694 ZGB).

Vorliegend hat sich der Kläger für die Variante entschieden, nur die Eigentümer einer Parzelle, nämlich diejenigen der Parzelle Nr. 2584, ins Recht zu fassen und zu Lasten derer Parzelle Nr. 2584 einen Notweg zu verlangen. Dies ist zulässig. Er hat aber im vorliegenden Prozess nachzuweisen, dass der Notweg über diese Parzelle - gegenüber allen andern möglichen Zugängen - der am wenigsten schädliche ist.

**9.** Die Berufungskläger machen im Weiteren ein fehlendes aktuelles Interesse des Klägers geltend.

(...)

**9.2** Es ist allgemein bekannt und unbestritten, dass der Zweitwohnungsanteil in der Gemeinde Zermatt die 20 Prozent übersteigt. In Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent dürfen neue Wohnungen nur bewilligt werden, wenn sie als Erstwohnungen oder als touristisch bewirtschaftete Wohnungen genutzt werden (Art. 7 Abs. 1 lit a und b des Bundesgesetzes vom 20. März 2015 über Zweitwohnungen [ZWG]).

Der Berufungsbeklagte wohnt nicht in Zermatt, sondern in der Deutschschweiz. Er hat auch nie behauptet, er wolle sich in Zermatt niederlassen und Erstwohnungen bauen. Somit kommt vorliegend das Erstellen von neuen Wohnungen nur in Betracht, wenn sie touristisch bewirtschaftet werden. Eine Wohnung gilt als touristisch bewirtschaftet, wenn sie dauerhaft zur ausschliesslich kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu markt- und ortsüblichen Bedingungen angeboten wird und sie:

a) im selben Haus liegt, in dem der Eigentümer oder die Eigentümerin seinen beziehungsweise ihren Hauptwohnsitz hat (Einliegerwohnung); oder b) nicht auf die persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers oder der Eigentümerin zugeschnitten ist und im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebs bewirtschaftet wird (Art. 7 Abs. 2 lit a und b ZWG).

Vorliegend kommt Variante a) nicht in Betracht, da der Kläger und Berufungsbeklagte seinen Hauptwohnsitz in Luzern und nicht in Zermatt hat.

Die eidgenössische Volksinitiative „Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen“ wurde von Volk und Ständen am 11. März 2012 angenommen und trat gleichentags in Kraft (BBl 2012 6623).

Mithin war sich der Kläger und Berufungsbeklagte bereits bei Klageeinleitung am 27. September 2013 dieser Problematik bewusst. Auch wenn das Bundesgesetz vom 20. März 2015 über die Zweitwohnungen erst während des vorliegenden Prozesses in Kraft trat, konnte er bei Einleitung des Prozesses keinesfalls davon ausgehen, dass er in Zermatt noch Zweitwohnungen bauen könnte, zumal er ja bis zum 11. März 2011 - und auch heute noch - über keine gültige Baubewilligung verfügt, ja nicht einmal darum nachgesucht hatte.

Auf alle Fälle wurde im Rahmen dieses Verfahrens kein Nachweis erbracht, dass der Kläger und Berufungsbeklagte die von ihm auf der Parzelle Nr. 2573 geplanten Wohnungen im Rahmen eines strukturierten Beherbergungsbetriebes bewirtschaften will. Dies ist aber zwingende Voraussetzung, dass der Bau von Zweitwohnungen auf der Parzelle des Klägers und Berufungsbeklagten überhaupt realisiert werden kann.

Da der entsprechende Nachweis nicht erbracht wurde, fehlt es dem Kläger und Berufungsbeklagten an einem aktuellen Interesse. Eine Wegenot liegt somit nicht vor und der Kläger und Berufungsbeklagte kann daher kein Notwegrecht geltend machen. Die Berufung ist daher schon aus diesem Grunde gutzuheissen.

**10.** Die Berufungskläger bestreiten zudem, dass der Notweg über die Parzelle der Beklagten der am wenigsten schädliche sei. Dies zu Recht. Im vorliegenden Verfahren wurde nämlich von Berufungsbeklagten nicht dargetan, dass der eingeklagte Notweg über die Liegenschaft der Berufungskläger, der am wenigsten schädliche sei.

**10.1** Zum einen muss gesagt werden, dass ein Notweg über die unbebaute Parzelle Nr. 3 dem Experten gar nicht vorgelegt wurde. Für das Gericht ist es nicht ersichtlich und aufgrund der Akten auch nicht nachvollziehbar, weshalb die vom Kläger eingeklagte Variante über die Parzelle Nr. 1 weniger schädlich sein sollte als eine Variante über

die Parzelle Nr. 3, zumal deren Überbaubarkeit (...) aufgrund ihrer Grösse und Form überhaupt nicht oder doch nur sehr beschränkt möglich ist.

**10.2** Die Berufungskläger kritisieren auch zu Recht die allgemeinen Feststellungen des Experten, dass die eingeklagte Linienführung als die idealste zur Erschliessung der Parzelle Nr. 2 darstelle und die beiden Varianten über die Parzellen Nr. 4 und Nr. 5 sowie 6 aus topographischen und verkehrstechnischen Überlegungen praktisch gar nicht möglich seien.

Der Experte begründet diese Aussagen nämlich mit keinem Wort. Für das Gericht ist es schlicht nicht erkenn- und nachvollziehbar, weshalb diese beiden Erschliessungsvarianten grössere topographische Schwierigkeiten darstellen als über die Parzelle Nr. 1. Auch spricht der Experte von verkehrstechnischen Problemen. Diese werden nicht aufgezeichnet und sind aus der Sicht des Gerichts sicher auch nicht grösser als diejenigen bei der eingeklagten Variante, wenn es denn überhaupt solche verkehrstechnischen Probleme gibt. Behauptet wurden sie auf alle Fälle nicht, genauso wenig wie die topographischen. Auch sind solche auf den Photographien in der Expertise nicht ersichtlich. Tatsache ist nun mal, dass sich die Parzelle des Klägers in einer Hanglage befindet und daher ein gewisser Höhenunterschied vom öffentlichen Weg her zu überwinden ist. Genauso wie es technisch möglich sein soll, die Parzelle Nr. 2 über die Parzelle Nr. 1 zu erschliessen, lässt sich dies über die Parzelle Nrn. 3, 4, 5 und 6 realisieren.

**10.3** Damit kann nicht gesagt werden, dass die vom Kläger eingeklagte Variante im Vergleich zu den anderen in Frage kommenden Varianten die am wenigsten schädliche ist. Zumindest wurde dies im vorliegenden Verfahren nicht dargetan. Dieser Nachweis oblag aber dem Kläger und er ist nicht gelungen. Die Berufung muss daher auch aus diesem Grund gutgeheissen werden.